



JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2 TOLEDO

MARQUES DE MENDIGORRIA, 2

SENTENCIA: 00392/2016

Modelo: N11600
Equipo/usuario: JC

N.I.G:

Procedimiento: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Sobre: PROCESOS CONTENCIOSOS-ADMINISTRATIVOS

De D/Dª:

Abogado: LADY VIVIANA LOZANO BENAVIDES

Procurador D./Dª:

Contra D./Dª SUBDELEGACION DE GOBIERNO DE MADRID

Abogado: ABOGADO DEL ESTADO

Procurador D./Dª

*Letrada Benavides, IS, Madrid, 3
hija, oficina (C) - C. 100
Letrada Benavides
4503 P. 100*

SENTENCIA nº 392/2016

En Toledo, a treinta de diciembre de dos mil dieciséis.

En nombre de S.M. El Rey, el Ilmo. Sr. D. Santiago Corral Diezma, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Toledo, habiendo visto en primera instancia los presentes autos de recurso contencioso-administrativo nº 289/2015, seguidos a instancias de D.
representado y dirigido por la Letrada Dª. Viviana Lozano Benavides, contra la Delegación del Gobierno en Madrid, representada y dirigida por el Sr. Abogado del Estado, sobre expulsión de territorio nacional.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 18 de septiembre de 2015 se presentó recurso contencioso-administrativo por D.

Firma válida

Firmado por: CORRAL DIEZMA
SANTIAGO
CH=AC FNMT Usuarios, OU=Ceres,
O=FNMT-RCM, C=ES

Firma válida

Firmado por: CH=SOTO MARTIN
PABLO
CH=AC Administración Pública,
SERIALNUMBER=Q2826004J,

Alvarado contra la resolución dictada por la Delegación del Gobierno en Madrid de fecha 26 de agosto de 2015, recaída en expediente nº por la que se decreta la expulsión del recurrente del territorio español.

Tras los trámites legales formalizó demanda en la que, tras las alegaciones de hecho y de derecho que estimó pertinentes, suplicó que se dictara sentencia por la que se anule la resolución recurrida, dejándola sin efecto. Subsidiariamente, en caso de no entender, como motivo suficiente los argumentos expuestos en la demanda, se acuerde la sustitución de la pena de expulsión impuesta a multa, por entender que no es ajustado a derecho tal expulsión, en virtud del principio de proporcionalidad, y se decrete la imposición de multa de acuerdo con las posibilidades económicas del demandante.

SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso por el cauce del procedimiento abreviado, se citó a las partes a la correspondiente vista que tuvo lugar el día 13 de diciembre de 2016, compareciendo las partes, ratificando el recurrente los fundamentos expuestos en la demanda y solicitando el recibimiento a prueba y la demandada que se opuso a la demanda y solicitó el recibimiento a prueba. Recibido el juicio a prueba y propuesta la que estimaron convenientes las partes, se practicó la declarada pertinente, formulando seguidamente las partes sus conclusiones y quedando los autos conclusos y vistos para dictar sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

cuando “la causa de expulsión es pura y simplemente la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio, como veíamos, se sanciona con multa”, pues en el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa y la sanción mas grave y secundaria de expulsión, “requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal (S 27-1-2006).

Esta postura debemos matizarla a la vista de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015, asunto C-38/2011, que resuelve una cuestión prejudicial planteada y relativa a la interpretación de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia irregular. Esta matización ya ha sido realizada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, sección 1ª en sentencia de 20 de mayo de 2015, nº 119 y en otras posteriores, por lo que debemos seguir la misma línea argumental de la sentencia de la Sala.

El artículo 6 de la citada Directiva (Directiva retorno), regula la llamada “decisión de retorno”, señalando:

1. Los Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5.

2. A los nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular en el territorio de un Estado miembro y sean titulares de un permiso de residencia válido u otra autorización que otorgue un derecho de

estancia expedido por otro Estado miembro se les exigirá que se dirijan de inmediato al territorio de dicho Estado miembro. En caso de que el nacional de un tercer país de que se trate no cumpla esta exigencia, o si fuera necesaria su salida inmediata por motivos de orden público o de seguridad nacional, se aplicará el apartado 1.

3. Los Estados miembros podrán abstenerse de dictar una decisión de retorno contra un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio si otro Estado miembro se hace cargo del mencionado nacional en virtud de acuerdos o convenios bilaterales vigentes en la fecha de entrada en vigor de la presente Directiva. En ese caso, el Estado miembro que se haya hecho cargo del nacional de un tercer país de que se trate aplicará el apartado 1.

4. Los Estados miembros podrán, en cualquier momento, decidir conceder a un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo. En este caso no se dictará ninguna decisión de retorno. De haberse ya dictado, se revocará la decisión de retorno o se suspenderá durante el periodo de validez del permiso de residencia o de otra autorización que otorgue un derecho de estancia.

5. Si el nacional de un tercer país que se halla en situación irregular en el territorio de un Estado miembro tiene pendiente un procedimiento pendiente de renovación del permiso de residencia u otra autorización que otorgue el derecho de estancia, el Estado miembro considerará la posibilidad de abstenerse de dictar una decisión de retorno hasta que finalice el procedimiento pendiente, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6.

6. La presente Directiva no impedirá a los Estados miembros adoptar una decisión sobre la finalización de la situación regular, unida a una decisión de retorno y/o de expulsión y/o a una prohibición de entrada, en una única decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial, si así lo dispone su legislación nacional, sin perjuicio de las garantías procedimentales previstas en el Capítulo III y otras disposiciones pertinentes del Derecho comunitario y nacional.

Por su parte, la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-38/2011, afirma que:

"La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí".

Ello lleva a la Sala del TSJ de Castilla-La Mancha en la sentencia nº 119/2015, a afirmar que:

"No cabe duda, pues, a la vista de todo lo anterior que, según la interpretación del TJUE, la Directiva 2008/115/CE impone a los Estados Miembros que ante la constatación de la situación de estancia irregular de un nacional de un tercer estado procedan al dictado de la correspondiente decisión de retorno y que, en caso de no respetarse la obligación de retorno en el plazo concedido, o aun cuando no se haya señalado plazo, adopten de las

medidas necesarias para llevar a efecto el retorno, sin que tales consecuencias puedan ser sustituidas por una sanción de multa excluyente de la decisión de retorno” y que la existencia de los mandatos contenidos en la Directiva imponen al Juez nacional la búsqueda de una interpretación de la norma interna que sea conforme con el texto y la finalidad de la Directiva. De ser posible dicha interpretación conforme a la Directiva, el Juez nacional estará vinculado por la misma y habrá de emplearla en la aplicación de la Ley interna.

Y concluye la sentencia del TSJ que siendo así y dado que, frente a la estancia irregular, la Ley Española permite imponer la consecuencia de la expulsión (aunque también la multa), y teniendo presentes los razonamientos de la Sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015 , no cabe sino que, al aplicar la norma nacional, se hayan de agotar las posibilidades interpretativas que ofrece la misma para ajustar ésta a la letra y a la finalidad de la Directiva 2008/115/CE, lo que, en el caso particular analizado, conduce a confirmar la imposición al recurrente de la consecuencia de la expulsión, con preferencia a la multa, aunque ésta también se encuentre prevista en el texto legal.

A la vista de lo expuesto es claro que al interpretar la ley nacional debemos estar a lo señalado por la Directiva y lo resuelto por la sentencia del TJUE, por lo que el artículo 57.1 de la L.O. 4/2000, cuando dice que podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio nacional, debe interpretarse en el sentido de que es procedente la expulsión del extranjero cuando concurra un supuesto de estancia irregular, salvo que concurra alguno de los supuestos previstos en los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva retorno.

TERCERO.- No obstante lo anterior, también debemos tener en cuenta lo que establece el artículo 5 de la Directiva. En efecto, dicho artículo al regular la “no devolución, interés superior del niño vida familiar y estado de salud”, dispone que:

Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta:

- a) el interés superior del niño,*
- b) la vida familiar,*
- c) el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate,*
y respetarán el principio de no devolución.

En consecuencia, conforme al artículo 5 de la Directiva, al adoptar la decisión de retorno deben tenerse también en cuenta esas circunstancias. Ello implica que no sólo los supuestos de los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva permiten no adoptar una decisión de retorno (la expulsión en nuestro ordenamiento), sino que debemos tener “debidamente en cuenta” el interés superior del niño, la vida familiar (el arraigo familiar en nuestro ordenamiento), y el estado de salud del extranjero, para ponderar si aplicando el principio de proporcionalidad es procedente la expulsión o la sanción de multa.

CUARTO.- Pues bien, en el presente caso debemos apreciar que no concurre ninguna de las circunstancias previstas en los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva, y pero sí las del artículo 5, concretamente la vida familiar alegada por el actor.

Debemos tener en cuenta que el Tribunal Constitucional, ha señalado, en sentencia nº 140/2009, de 15 de junio de 2009 que:

“...teniendo presente que por mandato del art. 10.2 CE , las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconocen deben ser interpretados de conformidad con la Declaración

universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España, que el art. 39.1 CE establece que los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia, y que, en relación con ello, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado que en los supuestos de expulsión, tanto cuando son consecuencia de una infracción penal como en aplicación de la normativa administrativa de extranjería, el arraigo familiar puede actuar como límite a la expulsión, porque la ejecución de la misma podría no resultar proporcionada al fin legítimo perseguido por la medida, esto es la garantía del orden público, vulnerando de ese modo el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8.1 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH; por todas, SSTEDH de 2 de agosto de 2001, caso Boultif c. Suiza, o de 17 de abril de 2003, caso Yilmaz c. Alemania)."

En lo que se refiere al concepto de "vida familiar", el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se deduce un derecho a la vida familiar, que comprendería como uno de sus elementos fundamentales el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía (STEDH caso Johansen, de 27 de junio de 1996).

Pues bien, en el presente caso, al recurrente se le dictó la resolución de expulsión estando esperando un hijo en España y en una situación delicada, al concurrir el hecho de ser un embarazo de riesgo lo que se acreditó tanto en vía administrativa como en este Sede, por lo que conforme a la doctrina expuesta el demandante no podía ser expulsado, y por tanto esta situación de la futura filiación permite aplicar el artículo 5 de la Directiva y no decretar la expulsión, sustituyendo la sanción de expulsión por la de multa de 501 euros.

Por ello, el recurso debe estimarse parcialmente.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, al estimarse parcialmente el recurso no procede la imposición de costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación.

F A L L O

Debo estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. [redacted] contra la resolución dictada por la Delegación del Gobierno en Madrid de fecha 26 de agosto de 2015, recaída en expediente nº 280020150015003, por la que se decreta la expulsión del recurrente del territorio español, sustituyendo la sanción de expulsión por la de multa de 501 euros; sin expresa condena en costas.

Notifíquese esta sentencia haciendo saber que la misma no es firme y contra ella cabe recurso de apelación que deberá interponerse ante este mismo Juzgado en plazo de quince días siguientes a su notificación y del que conocerá, en su caso, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

La parte que pretenda interponer recurso contra esta sentencia deberá consignar, si no está exenta, un depósito de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Juzgado (4330 0000 85, añadiendo número de procedimiento y el año), advirtiéndole que de no hacerlo no se admitirá a trámite el recurso, de conformidad con la Disposición Adicional 15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

